



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

MAURÍCIO SEREJO MACHADO

**DANO PROCESSUAL NO DIREITO DO TRABALHO APÓS
A REFORMA TRABALHISTA**

BRASÍLIA
2019

MAURICIO SEREJO MACHADO

**DANO PROCESSUAL NO DIREITO DO TRABALHO APÓS
A REFORMA TRABALHISTA**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB).

Orientador: Prof. Ricardo Vicente Corrêa de Oliveira

**BRASÍLIA
2019**

MAURÍCIO SEREJO MACHADO

**DANO PROCESSUAL NO DIREITO DO TRABALHO APÓS
A REFORMA TRABALHISTA**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

**Orientador: Prof. Ricardo Vicente
Corrêa de Oliveira**

BRASÍLIA, 11 abril de 2019.

BANCA AVALIADORA

Professor(a) Orientador(a)

Professor(a) Avaliador(a)

Dano processual no direito do trabalho após a Reforma Trabalhista

Maurício Serejo Machado

Resumo: Este estudo objetiva averiguar a problemática do dano processual no âmbito do Direito do Trabalho, de modo a identificar como vem sendo utilizado o instituto e os reflexos da alteração na legislação trabalhista por força da denominada Reforma Trabalhista. A pesquisa se classifica como dedutiva e descritiva, pautada no levantamento bibliográfico e documental. Aborda-se o instituto do abuso de direito, seu conceito e evolução, mormente a disciplina no art. 187 do Código Civil. Destaca-se a aplicação do dano processual e os obstáculos antes da Reforma Trabalhista. Apresentam-se os fundamentos da Reforma Trabalhista e as principais inovações, em especial no que tange a denominada litigância de má-fé. Constata-se que a Reforma Trabalhista disciplinou, de forma rígida, o dano processual, seja no valor das penalidades, pois utilizou como parâmetro o teto do Regime Geral de Previdência Social para o pagamento de benefícios, seja porque estabeleceu a possibilidade de condenação até mesmo da testemunha. Tais fatos levam a questionar eventuais entraves ao acesso à justiça. Contudo, se faz mister acompanhar o posicionamento dos julgadores, até mesmo pelo pouco tempo de vigência da Reforma Trabalhista.

Palavras-chave: Má-fé. Ilícito Processual. Direito do Trabalho. Reforma Trabalhista.

Sumário: Introdução. 1 O abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. 2 Abuso do direito na seara trabalhista antes da Reforma. 3. Análise do abuso de direito após a Reforma Trabalhista. 3.1 Dos fundamentos da Reforma Trabalhista. 3.2 Dano processual após a Reforma Trabalhista. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Até o advento da Lei nº 13.467/2017, denominada de “Reforma Trabalhista”, inexistia na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) previsão sobre a responsabilidade por dano processual e quase nenhuma importância era dada ao instituto do abuso de direito que, apesar de estar previsto no Código de Processo Civil, e ser possível a sua aplicação subsidiária ao processo trabalhista, era comum que as partes praticassem certos abusos na intenção de obter vantagens e evitar alguns deveres relativos a prática processual.

Porém, o processo precisa ser um instrumento efetivo para a defesa dos direitos e, para isso, exige-se uma conduta adequada dos seus litigantes. Quando uma das partes age de forma desleal, prejudica a eficácia da tutela jurisdicional que, por sua vez, deixa de garantir o pleno exercício dos direitos e faculdades no curso do procedimento.

Cumprido destacar que o instituto do abuso de direito baseia-se principalmente no dever de responsabilidade, e além de estar previsto no Código Civil, no Código de Processo Civil, agora também se encontra consagrado na CLT. Logo, afeta todas as relações jurídicas de direito público e privado.

Demonstrada a importância do tema, o presente estudo busca abordar a incidência do abuso de direito na esfera trabalhista, com ênfase no disposto nos arts. 793-A a 793-D, introduzidos na CLT pela Lei nº 13.467/2017. Tais dispositivos inauguram um importante capítulo na seara trabalhista, já que trata especificamente da responsabilidade por dano processual, em um momento que o Poder Judiciário se encontra tão desacreditado e excessivamente congestionado, qualquer medida que traga celeridade e equilíbrio é muito bem-vinda.

Para tanto, adota-se como método de abordagem o dedutivo e, como método de procedimento, o descritivo, pautando-se a pesquisa no levantamento bibliográfico e documental, pois se busca na doutrina, legislação, artigos, dentre outras fontes, elementos para a compreensão do tema.

Assim, divide-se o estudo em três seções. Na primeira seção apresenta-se uma análise da Teoria do abuso de direito no âmbito do Direito Processual Civil, abordando brevemente a sua evolução, mormente a sua construção a partir da Constituição Federal de 1988, que em seu art. 5º, inciso LIV trata do princípio do devido processo legal. Na segunda seção, por sua vez, destaca-se o abuso de direito na seara trabalhista. E, por fim, na terceira seção, abordam-se as principais alterações introduzidas pela Reforma Trabalhista no que tange o dano processual.

1 O ABUSO DE DIREITO PROCESSUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A primeira questão a se ressaltar é que não existia conceito expressamente definido pelo ordenamento jurídico brasileiro acerca da teoria do abuso de direito no período de vigência do Código Civil de 1916, de maneira que se diferenciava de outros ordenamentos que continham tal teoria na estrutura do seu Código Civil. Contudo, verificou-se tamanha importância da Teoria na medida em que ela veio ganhando forças pela vasta aplicabilidade pela jurisprudência e pela doutrina (CARVALHO NETO, 2015).

Com o advento do Código Civil de 2002, a teoria do abuso de direito veio inserida no corpo do art. 187 do Código Civil, como caracterizadora de ato ilícito.

Segundo Carvalho Neto (2015), o critério do abuso encontra-se no fato de se desviar o direito do seu destino habitual, ou seja, abusa-se do seu direito pessoal quando, subsistindo nos seus limites, se intenciona um desfecho diferente daquele que teve em vista o legislador. Neste caso, é notória a intenção de prejudicar outrem, a falta de interesse e a ausência de motivos legítimos.

Na configuração do abuso de direito o indivíduo acaba por desviar-se dos fins sociais que a lei se destina, uma vez que, atuando no limiar do ordenamento jurídico, o sujeito deixa de levar em consideração a destinação social atrelada ao seu direito subjetivo (GONÇALVES, 2011). Desta forma, o indivíduo ao exercitar um direito seu, com um fim diferente daquele que o legislador previu como regular, cometerá abuso de direito.

Na mesma linha, Cavalieri Filho (2015, p. 240) expõe o caráter antieconômico do ato praticado, de modo que o abuso no exercício do direito nega os valores e os fins da ordem jurídica, acarretando a violação de um dever jurídico, como se verifica de seus apontamentos:

Todas as situações jurídicas, que se conceituam como direito subjetivo, são reconhecidas e protegidas pela norma tendo em vista uma finalidade, que se poderá chamar de finalidade econômica e social do direito. Todas as vezes que o direito é exercido de acordo com essas finalidades, está dentro de seus quadros teleológicos. Acontece, porém, que o titular de um direito, em vez de exercê-lo no sentido dessas finalidades, o faz no sentido de finalidade contrária, contrastando expressamente, com a finalidade para a qual o direito foi instituído.

Assim, quando um indivíduo titular de um direito, ao exercitá-lo, ultrapassar os limites do que se considera em conformidade com a lei e até mesmo com os bons costumes, estará praticando o que se conceitua abuso de direito (CARVALHO NETO, 2015).

Além disso, outro fator que ampara a aplicação da teoria do abuso de direito é art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro pela Lei nº 12.376/2010, que determina ao juiz, no momento do emprego da lei, que atenda aos fins sociais a que ela se dirige, tal como às premissas do bem comum, posto que o ato abusivo configura-se efetivamente quando o titular de um direito desvia da finalidade social para qual ele foi concedido (GONÇALVES, 2011).

Buschinelli (2014, p. 57), por sua vez, interpreta o abuso de direito nesse mesmo sentido, quando o exercício do direito buscar uma finalidade diversa da qual foi previamente instituído, senão veja-se: “O abuso do direito, nesse sentido, seria uma figura de aplicação geral ao exercício de todos os direitos e estaria configurado quando o direito fosse exercido sem interesse legítimo, em desvio do fim para o qual foi instituído”.

Dito isso, o que se quer deixar evidenciado neste tópico é que a teoria do abuso de direito não trata de uma ofensa direta ao direito de outrem, nem do rompimento de uma norma tuteladora de interesse alheio, mas sim de um exercício anormal, ou, irregular, de um direito particular, assim entendido

aquele que se afasta da ética, da boa-fé, da finalidade social ou econômica do direito, enfim, exercendo o direito que lhe é dado, sem motivo legítimo.

Como já dito, o art. 187 do CC é utilizado como fundamento da teoria do abuso de direito. Para tanto, colaciona-se o dispositivo na íntegra: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2002).

Para a melhor compreensão dos termos utilizados pelo legislador na elaboração de tal artigo, primeiramente, é importante apontar o conceito de ato ilícito, para que então, seja possível demonstrar o que levou o ordenamento a empregar as figuras do fim econômico ou social, a boa-fé e os bons costumes.

Cavaliere Filho (2015, p. 24) conceitua ato ilícito como uma conduta contrária à ordem jurídica, resultando na violação de um dever jurídico, como se verifica a seguir:

A conduta contrária à norma jurídica, só por si, merece a qualificação de ilícita ainda que não tenha origem numa vontade consciente e livre. Por esse enfoque objetivo o ato ilícito indica a antijuridicidade da conduta, a desconformidade entre esta e a ordem jurídica, ou seja, a objetiva violação de um dever jurídico.

Em que pese a caracterização de ato ilícito pelo autor ora mencionado, depreende-se que a conduta humana que venha a caracterizar um ato ilícito, se trata de uma conduta antijurídica, contrária ao direito, não deixando de ser uma manifestação de vontade, entretanto, contrária ao ordenamento.

Ainda de acordo com Cavaliere Filho (2015), o abuso do direito é posto como ato ilícito incorporado em uma visão objetiva, pois boa-fé, bons costumes, fim econômico ou social nada mais são do que preceitos éticos e morais consagrados pelo ordenamento em proteção ao interesse coletivo.

Na mesma linha, Diniz (2014) aponta que a ilicitude está representada como um ato atentatório ao princípio da boa-fé e aos bons costumes e por desvio da finalidade socioeconômica para o qual o direito foi convencionado. No ato considerado como abusivo, ocorre o descumprimento da finalidade econômica ou social. Para a doutrinadora, acompanhando o entendimento dos demais autores supracitados, o abuso é o excesso manifesto, ou seja, o direito é exercido de maneira ostensivamente ofensiva à justiça.

No momento em que o legislador impõe que haja manifesto excesso no exercício de um direito, isto pressupõe que não seja qualquer mal que um indivíduo possa causar a outrem para que venha a caracterizar o abuso de direito. Isso porque, em determinadas vezes é natural que ocorra de forma não intencional por parte do ser humano, não podendo, portanto, configurar abuso pelo simples fato de seu exercício causar algum dano a outrem, pois, existem situações que tal dano possa ser o resultado irrefutável de um mero exercício do direito (CAVALIERI FILHO, 2015).

Para ilustrar a questão, pode-se citar como exemplo, uma eventual ação de cobrança, em que o autor ao exercer o seu direito de cobrar o réu/devedor, busca através dos instrumentos jurídicos o adimplemento da obrigação de que é credor. Desta forma, não há como evitar a configuração de um mal indesejado para o devedor, decorrente do simples exercício do direito pertencente ao credor. O exercício do direito, portanto, não gera dano indenizável, mas é papel do juiz determinar, em cada situação, as circunstâncias que tornam incontestável o excesso no exercício de um direito, configurando então, o ato ilícito por abuso de direito.

Ainda acerca do “excesso manifesto” mencionado pelo dispositivo, Buschinelli (2014, p. 67) discorre:

Importante requisito legal inserido no art. 187 do Código Civil para a configuração do abuso do direito é a necessidade de que o agente aja de forma “manifestamente” excessiva aos limites impostos pela função social, pelos bons costumes e pela boa-fé. Como argumenta José de O. Ascensão, o objetivo dessa qualificação é evitar que qualquer exercício jurídico pudesse ser objeto de um controle judicial exaustivo, que estimularia uma demasiada litigiosidade.

Em suma, resta evidenciado a necessidade de existir um excesso na conduta do indivíduo ao exercer um direito para que o ato ilícito seja verificado, e, haja a configuração do abuso de direito. Não bastando, portanto, que um mero exercício de um direito venha a causar dano a outro indivíduo, de forma que, consoante mencionado anteriormente, existem atos que apesar de causar danos a outrem, configuram o simples exercício de um direito. Sendo assim, é inequívoca a exigência da existência de excesso para que se possa caracterizar o ato como ilícito.

O art. 187 exige ainda, que esse excesso manifesto se dê na transposição dos limites do fim econômico ou social do direito exercido. Nesse sentido, entende-se que o “fim econômico” seja o benefício ou a vantagem que o indivíduo no exercício de um direito seu, venha a ser titular, ou, até mesmo, a perda que terá de ser suportada pelo seu não exercício. Relativamente ao “fim social”, esse compreende a paz, a ordem, a solidariedade e a harmonia da coletividade, a busca pelo bem comum (DINIZ, 2014).

Guerra (2011, p. 183) interpreta o dispositivo no sentido de que fim econômico, seria “o proveito material ou a vantagem que o exercício do direito trará para seu titular, ou, ainda, a perda que suportará por não exercê-lo”. Ou seja, é evidente o entendimento majoritário da doutrina que fim econômico caracteriza pecúnia, um proveito econômico que o indivíduo venha auferir em razão de algum direito.

Ainda de acordo com o entendimento do mesmo autor, fim social trata-se da aplicação do princípio da solidariedade: “a visão social do direito, como instrumento de construção de uma sociedade justa, livre, igualitária e solidária” (GUERRA, 2011, p. 183).

Por sua vez, Cavalieri Filho (2015) expõe que a boa-fé prevista pelo artigo revela uma conduta adequada, justa, íntegra e honesta que deverá ser aplicada pelos indivíduos nas suas relações externas, bem como, essa conduta deverá ser tomada como um padrão pelos sujeitos.

É nesse mesmo sentido Farias e Rosenvald (2015, p. 584) retratam a boa-fé, conforme alusão a seguir: “A boa-fé é o parâmetro de correção e honestidade nas relações obrigacionais [...] pressupõe um vínculo já existente de confiança entre quem invoca esse princípio e quem deve comportar-se com submissão perante ele”.

O último termo utilizado pelo legislador na elaboração do artigo refere-se aos bons costumes, e por esta expressão, Sergio Cavalieri Filho entende que é inerente aos bons costumes um conjunto de regras de convivência, no qual as pessoas corretas devem seguir. Caso contrário, o exercício do direito pode configurar uma afronta à ética e às práticas comuns aceitas pela sociedade, conforme menção abaixo:

Compreendem as concepções ético-jurídicas dominantes na sociedade; o conjunto de regras de convivência que, num dado ambiente e em certo momento, as pessoas honestas e corretas praticam. Haverá abuso neste ponto quando o agir do titular do direito contrariar a ética dominante, atentar contra os hábitos aprovados pela sociedade, aferidos por critérios objetivos e aceitos pelo homem médio (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 253).

Desta forma, nota-se que a teoria do abuso de direito restringe o exercício dos direitos na medida em que enquadra a conduta abusiva como ilícita. Assim, o indivíduo, ao praticar o ato ilícito, estará infringindo o dever legal de não lesar a outrem, configurando-se o ato ilícito sempre que restar evidenciado o exercício irregular ou anormal de um direito.

Ademais, o ato ilícito mencionado pelo art. 187 do CC, indica a prática em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual, mas não só isso, a principal competência de tal artigo, é restringir o exercício de condutas jurídicas, com base no dever de boa-fé imposto pelo dispositivo (GONÇALVES, 2011).

Por fim, Cavalieri Filho (2015) destaca que o que se pretende demonstrar é a importância da proteção do interesse social acima do interesse subjetivo individual, pois sempre que o indivíduo agir contrariamente à norma jurídica, ele estará ferindo o valor do interesse coletivo.

2 ABUSO DE DIREITO NA SEARA TRABALHISTA ANTES DA REFORMA

A Direito do Trabalho tem, em sua origem, como elemento marcante, a proteção ao trabalhador, até mesmo porque surgiu em um período no qual a mão de obra era explorada e inexistiam normas que regulamentassem a jornada de trabalho, as condições de salubridade do ambiente de trabalho, idade mínima para o labor em determinadas condições, etc., o que deixava o trabalhador em clara desvantagem e evidenciava a sua vulnerabilidade diante do empregador.

De acordo com Schiavi (2017, p. 24), o protecionismo processual é um dos princípios que norteiam o Direito Processual do Trabalho. Logo, quando o trabalhador vai à Justiça postular seus direitos e se encontra em posição desfavorável diante do tomador de serviços, vulnerabilidade esta que pode ser

econômica, técnica ou probatória, tem maior dificuldade de provar em juízo o seu direito. Exatamente por isso o Processo do Trabalho “tem característica protetiva ao litigante mais fraco, que é o trabalhador, mas sob o aspecto da relação jurídica processual (instrumental) a fim de assegurar-lhe algumas prerrogativas processuais [...]”.

Isso fez com que a Justiça do Trabalho ganhasse, ainda que erroneamente, uma característica de proteção ao trabalhador, o que se deve também a fatores diversos à exploração da mão de obra, mas a institutos, como o *jus postulandi*, que permite ao trabalhador acionar o Poder Judiciário sem a representação de um advogado. Tal instituto, por exemplo, não raras vezes é visto pelo senso comum como uma forma de beneficiar o trabalhador e demonstrar que a Justiça do Trabalho é protecionista, até mesmo ignorando que também é prerrogativa do empregador, quando reclamado, se representar em juízo.

Somado a esse cenário, a Justiça do Trabalho apresenta-se, para a sociedade, como uma “justiça” diferenciada no que tange o número de acordos, o descompromisso com a verdade (pois reclamante e reclamado, não raras vezes, para corroborar com as informações e pretensões em juízo faltam com a verdade para fundamentar as teses), o conluio de testemunhas, o enriquecimento ilícito, dentre outras peculiaridades.

Outra questão que também merece apreço é a forma como a justiça gratuita era concedida até a Reforma Trabalhista, pois bastava a alegação de hipossuficiente, em especial do empregado, para que fosse concedida e alcançasse sede recursal, facilitava a produção de provas periciais, etc.

Diante desse contexto um embate se evidenciava, pois se de um lado havia a preocupação com o amplo acesso à justiça, de outro, questionamentos quanto à equidade no tratamento das partes, a justiça das decisões, dentre outros, sempre pairaram.

Ademais, era comum às partes a prática de atos meramente protelatórios, a exemplo da adoção de recursos para postergar o cumprimento das obrigações, em especial por parte dos empregadores, mesmo com a exigência do depósito recursal, por exemplo.

Lado outro, a parte autora, via de regra o empregado, não raras vezes, para conseguir um acordo mais benéfico, ou para lucrar ilicitamente, se valia

de artifícios e ardis, distorcendo os fatos, pleiteando a produção de provas para provar questões como insalubridade, jornada *in itinere*, dentre outros, ou a produção de prova testemunhal para provar horário extraordinário, contribuindo para o descrédito da Justiça do Trabalho e para o benefício, em muitos casos se valendo de práticas abusivas.

É sabido, contudo, que o art. 769 da CLT autoriza, isso já em sua redação original, a aplicação subsidiária das normas processuais civis. Logo, os artigos que regulamentam o abuso de direito na seara processual e também no direito material, mormente o art. 187 do CC, sempre puderam ser aplicados na seara trabalhista, mesmo sem previsão expressa.

Porém, na prática o que ainda se via eram pedidos de condenação por litigância de má-fé, o que não se confunde com a responsabilização por abuso de direito, sendo este um dos motivos que, somado às dificuldades socioculturais e a necessidade de adequação da legislação trabalhista levou à alteração da CLT, o que culminou na inserção de um capítulo específico para regulamentar o dano processual no Direito do Trabalho, como se passa a abordar na próxima seção.

3 ANÁLISE DO ABUSO DE DIREITO APÓS A REFORMA TRABALHISTA

3.1 Dos fundamentos da Reforma Trabalhista

A Reforma Trabalhista, implementada pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, entrou em vigor cento e vinte dias após a sua publicação. Tal diploma legal alterou a CLT (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943) e outros diplomas legais, buscando a adequação da legislação às novas relações de trabalho, como se extrai da sua ementa.

Sancionada pelo Presidente da República em 13 de julho de 2017, passando a valer em 11 de novembro de 2017, após diversas emendas ao texto original do projeto de lei, mas que acabou aprovada com ampla maioria, tanto na Câmara dos Deputados, como no Senado Federal, com o discurso de que combateria o desemprego que assola o país, assim como ajudaria na crise econômica, que há anos nos persegue.

O Projeto de Lei nº 6.787/2016 que tramitou na Câmara dos Deputados, tendo como relator o Deputado Rogério Marinho (PSDB-RN) e pelo Senado Federal através do Projeto de Lei Complementar nº 38/2017, sendo Relator o Senador Ricardo Ferraço (PSDB-ES), de acordo com Braguini (2017, p. 63), teve o sentido de modernizar as regras celetistas, pois se considerava que tais regras necessitavam de estabilidade e segurança jurídica para as empresas, que atravessam um período turbulento de informalidade e subemprego.

Leite (2016) ensina que desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), tanto os tradicionais direitos civis e políticos- direitos de liberdade- quanto os direitos sociais dos trabalhadores – direitos de igualdade- passaram à categoria de direitos humanos fundamentais, cujas as características são a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relacionalidade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que delineia os direitos humanos básicos, foi adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, e assinada pelo Brasil na mesma data.

Em um artigo publicado pela ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, de autoria de Guilherme Guimarães Feliciano, Luciana Paula Conforti e Noemia Porto (2017), denominado "A reforma Trabalhista e suas modernidades", esclarece que o "Caso Brasil", então chamado internacionalmente, só não foi denunciado pela Organização Internacional do Trabalho, no tocante a violação das normas internacionais do trabalho, porque no período da Conferência, que data de 05 a 16 de junho de 2017, a Lei da Reforma Trabalhista ainda se encontrava como mero projeto de lei complementar (PLC nº 38/2017), não conferindo assim, "'violação concreta', pois ainda figuravam na dimensão das possibilidades políticas".

Contudo o Deputado Rogério Marinho divulgou nos meios de comunicação, aos quais ele é vinculado, que a Organização Internacional do Trabalho haveria ratificado a Nova Lei da Reforma Trabalhista, o que posteriormente foi desmentido pelo diretor da OIT no Brasil, Peter Poschen (FELICIANO et al., 2017).

Dentre as alterações trazidas pela referida lei estão o fim da obrigatoriedade da contribuição sindical, a possibilidade de pactuação do banco de horas mediante acordo individual, extinção do contrato de trabalho

mediante comum acordo, com possibilidade de saque parcial do FGTS, fracionamento de férias, prevalência do negociado sobre o legislado, dentre outras.

Sobre o tema Lima (2017) entabula que a Reforma Trabalhista mexe em mais de duzentos dispositivos da CLT e nas Leis do FGTS e de Custeio da Previdência Social. Portanto, altera todo o sistema trabalhista tradicional.

No mesmo ano de sua implementação veio foi editada a Medida Provisória nº 808, que imprimiu significativas mudanças, dividindo opinião dos estudiosos do Direito.

A Medida Provisória em comento visou promover mudanças na Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467 de 2017), notadamente nos seguintes pontos: jornada de trabalho 12x36; dano extrapatrimonial; empregada gestante e lactante; autônomo exclusivo; trabalho intermitente; incidência de encargos trabalhista e previdenciário; cobrança e distribuição da gorjeta; representação em local de trabalho; negociado sobre o legislado no enquadramento do grau de insalubridade; e arrecadação/contribuição previdenciária.

Torna-se relevante destacar a Medida Provisória não foi votada, perdendo assim a sua eficácia e restabelecendo integralmente o texto da Reforma Trabalhista. Com efeito, na aplicação de alguns pontos alterados pela Lei 13.467/17, tanta oscilação e indefinição ensejam cautela dos operadores do Direito do Trabalho.

3.2 Dano processual após a Reforma Trabalhista

Como já dito alhures, a Reforma Trabalhista introduziu a Seção IV-A, arts. 793-A e seguintes, para tratar da responsabilidade por dano processual. Assim, no referido artigo dispõe expressamente que “responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como reclamante, reclamado ou interveniente” (BRASIL, 2017).

De acordo com Delgado e Delgado (2017, p. 330, o art. 793-A da Consolidação das Leis do Trabalho nada mais é que a adaptação do disposto no art. 70 do Novo Código de Processo Civil, havendo tão somente a substituição da expressão “como autor, réu ou interveniente” por “como

reclamante, reclamado ou interveniente”, expressões peculiares ao Direito do Trabalho.

Percebe-se a similaridade do disposto no referido artigo com o que consagra o Novo Código de Processo Civil, pois tanto autor, réu ou interveniente pode responder por litigância de má-fé.

Prelecionam os autores que o a Seção supracitada incorpora, em sua quase literalidade, ao texto normativo do Novo Código de Processo Civil “referente à seção que regula, naquele diploma processual geral, a responsabilidade das partes por dano processual (arts. 79,80 e 81 do Código de Processo Civil)” (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 331).

Schiavi (2017, p. 87) defende que o fundamento da litigância de má-fé no processo trabalhista é a lealdade e a boa-fé. Portanto, quando as partes agem de forma contrária a lealdade (conduta honesta, ética, segundo padrões de conduta aceitos pela sociedade) ou a boa-fé (princípio geral do Direito, aplicável no âmbito do Direito Material e Processual do Trabalho), pode ser responsabilizado por litigância de má-fé.

Acrescenta o autor que a litigância de má-fé, portanto, se caracteriza “como a conduta da parte, tipificada na lei processual, que viola os princípios da lealdade e boa-fé processual, bem como atenta contra a dignidade e seriedade da relação processual” (SCHIABI, 2017, p. 87).

Exatamente por isso, como ressaltam Cassar e Borges (2017, p. 101), o Tribunal Superior do Trabalho já acolhia a tese da compatibilidade da aplicação da litigância de má-fé, nos termos consagrados no Código de Processo Civil, ao processo do trabalho. Apesar disso, a punição era tímida, principalmente por causa da vulnerabilidade do trabalhador e do *ius postulandi*, ainda cabível ao processo do trabalho.

Delgado e Delgado (2017, p. 329-330), ao analisar a problemática da litigância de má-fé à luz da reforma trabalhista, defende que se trata de uma forma de responsabilização por dano processual, título dado à Seção IV-A, do Capítulo II, do Título X da Consolidação das Leis do Trabalho e que agrupa os arts. 793-A e 793-D.

Dando seguimento vale destacar que assim como fez o legislador no art. 80 do Código de Processo Civil de 2015, também estabeleceu as situações

que caracterização litigância de má-fé na Justiça do Trabalho, a teor do que dispõe o art. 793-B da Consolidação das Leis do Trabalho, aqui transcrito:

Art. 793-B. Considera-se litigante de má-fé aquele que:
I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
II – alterar a verdade dos fatos;
III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
VI – provocar incidente manifestamente infundado;
VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório (BRASIL, 2017).

Uma observação importante é que todas as condutas elencadas no dispositivo legal supratranscrito precisam ser de natureza dolosa, já que se encontram previstas como ilícito processual no âmbito da justiça do trabalho.

É o que se extrai dos ensinamentos de Schiavi (2017, p. 88):

A multa que varia entre 1% a 10% e a indenização decorrente da litigância de má-fé, segundo entendimento dominante, somente são cabíveis em caso de conduta dolosa da parte, vale dizer: com a intenção de tumultuar o processo ou obter vantagem indevida por meio dele, uma vez que o CPC não prevê modalidade culposa.

Contudo, ressaltam Delgado e Delgado (2017, p. 332) que alguns incisos do art. 793-B da Consolidação das Leis do Trabalho, assim como ocorre com o art. 80 do Novo Código de Processo Civil, são “[...] exageradamente abertos, podendo levar a rigorismo exacerbado do juiz – prática que não expressaria, certamente, a boa compreensão do sentido da norma”.

Buscando exemplificar esta amplitude Delgado e Delgado (2017, p. 332) citam o disposto nos incisos IV e VII, nos seguintes termos:

[...] reflita-se sobre o sentido dos tipos jurídicos insertos nos incisos IV e VII do mesmo preceito legal, uma vez que eles, certamente, não podem sugerir uma interpretação literalista de suas expressões normativas. O exercício natural de faculdades e prerrogativas processuais não pode ensejar, de plano, enquadramento da conduta no tipo jurídico da má-fé processual, sendo necessário, evidentemente, que exista, sem dúvida,

manifesto abuso do direito, inequívoco comportamento doloso da parte no processo.

Daí a importância de que o magistrado seja cauteloso ao analisar as atitudes que possam configurar litigância de má-fé, sob pena de ampliar demasiadamente o alcance da norma e desvirtuar a própria razão de ser do instituto.

Tem-se, ainda, o art. 793-C, que trata das sanções que podem ser aplicadas pelo julgador, assim como os critérios a serem utilizados para se chegar ao quantum sancionatório. É, pois, reprodução fiel do art. 81 do Novo Código de Processo Civil, exceto no que diz respeito à referência ao salário mínimo contida no § 2º, do art. 81. O legislador, no art. 793-C da Consolidação das Leis do Trabalho utilizou como parâmetro o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 332).

A teor do que dispõe o art. 793-C da Consolidação das Leis do Trabalho, quatro são as sanções que podem ser aplicadas ao litigante de má-fé, seja de ofício pelo julgador, seja a requerimento das partes. Portanto, quando o legislador autoriza que o magistrado, de ofício ou a requerimento da parte, aplique uma pena ao litigante de má-fé, o faz visando inibir e reprimir os atos contrários à lealdade e a boa-fé.

De acordo com Delgado e Delgado (2017, p. 332) o legislador foi demasiadamente rigoroso, a ponto de desestimular o amplo acesso à justiça na realidade brasileiro, o que se sente de plano ao verificar o valor de referência, já que o teto da Previdência Social é superior ao salário mínimo vigente.

Assim, dispõe a legislação que poderá o magistrado, de ofício ou a requerimento da parte, condenar o litigante de má-fé ao pagamento de multa, que deverá ser superior a 1% e inferior a 10% do valor corrigido da causa; a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que sofreu; a arcar com o pagamento dos honorários advocatícios e, por fim, a arcar com todas as despesas que efetuou (BRASIL, 2017).

O § 1º do art. 793-C da Consolidação das Leis do Trabalho prevê que na hipótese de serem dois ou mais litigantes de má-fé, o magistrado condenará cada um deles, considerando a proporção de seu interesse na causa, embora

nada obste a condenação solidária aqueles que se coligaram para lesar a parte ex-adversa (BRASIL, 2017).

Por sua vez, o § 2º do dispositivo em comento trata das situações em que o valor da causa é irrisório ou inestimável. Em tais situações a multa poderá ser fixada em até duas vezes o limite dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (BRASIL, 2017).

Já o § 3º do mesmo artigo dispõe que o valor da indenização deve ser fixado pelo magistrado ou, caso não seja possível mensurar, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos (BRASIL, 2017).

Segundo Cassar e Borges (2017, p. 103), executar a penalidade nos próprios autos encontra fundamento no princípio da economia processual. Contudo, só deve ter início após o trânsito em julgado da decisão que fixou a sanção:

Se a multa foi fixada na sentença, o recurso será o recurso ordinário interposto pela parte a quem pertencia a testemunha ou pela própria testemunha, que, neste caso, será considerada terceira. Se interposto pela parte a quem pertencia a testemunha, o fundamento do recurso será aproveitamento da prova e, por arrastamento, a retirada da multa imposta. Se interposto pela própria testemunha, só terá legitimidade para requerer a nulidade ou a reforma sobre a multa e nada mais, já que não é a titular do restante do direito. A matéria é controvertida e provavelmente outras correntes surgirão, inclusive a mais comum de que a testemunha só poderá afastar a multa por ação própria, pois não teria legitimidade para recorrer.

Observam Delgado e Delgado (2017, p. 333) que o legislador inovou ao prever, no art. 793-D da Consolidação das Leis do Trabalho, a possibilitar de aplicar multa à testemunha que de forma intencional altere a verdade ou omita fatos essenciais ao julgamento da causa. Portanto, não apenas a parte autora ou ré, ou o interveniente, pode ser condenado por conduta desleal, mas também a testemunha.

De fato, a partir da Lei nº 13.467/2017, a litigância de má-fé pode ser aplicada a qualquer parte que, de forma dolosa, agir seguindo o art. 793-A e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho. Logo, não apenas as partes e o interveniente, mas também a testemunha, como já dito, o perito, dentre

outros sujeitos, a depender do caso, poderão ser condenados a reparar prejuízos decorrentes do ilícito processual, inclusive despesas e honorários advocatícios.

Os autores ainda lembram que no Código de Processo Civil inexistia tal previsão:

Atente o leitor para a circunstância de que não há punição similar na seção do CPC que serviu de parâmetro normativo para essa inovação introduzida na CLT. Ou seja, não existe, na Seção II do CPC-2015 ("Da Responsabilidade das Partes por Dano Processual") que integra o Capítulo I do Título I do Livro III daquele diploma processual geral, sendo composta pelos arts. 79 até 81, abordando a responsabilidade das partes por dano processual, preceito legal que faça referência expressa à punição, mediante multa, à testemunha. Em suma, o novo art. 793-D da CLT, inserido pela Lei da Reforma Trabalhista foi além do próprio rigorismo já percebido no novo Código de Processo Civil (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 333).

Cassar e Borges (2017, p. 102) chamam a atenção para a dificuldade que é a prova da ocultação intencional dos fatos pela testemunha, já que esta pode claramente alegar esquecimento ou que naquele momento não se encontrava presente, não testemunhou os fatos.

Para Delgado e Delgado (2017, p. 333) a reforma trabalhista é de um rigor que não se coaduna com o Direito Processual do Trabalho, "com efeitos claramente restritivos ao acesso à justiça na realidade trabalhista brasileira".

Na mesma senda leciona Cassar e Borges (2017, p. 101), para os quais a dificuldade na concessão da gratuidade da justiça, somada à litigância de má-fé disciplinada com tamanho rigor, foram adotadas pelo legislador como forma de inibir demandas trabalhistas desnecessárias ou as denominadas "aventuras jurídicas" ou "ações aventureiras".

Já Schiavi (2017, p. 89) destaca o importante papel exercido pela testemunha na atualidade, como colaborador da Justiça, "[...] que presta um serviço público relevante, pois vem a juízo contribuir para que se faça justiça num caso concreto, esclarecendo os fatos controvertidos do processo".

Não obstante, o autor enfatiza a necessidade de que o magistrado aplique a multa em comento com bastante cautela, já que as testemunhas do reclamante tendem a ser ex-empregados do reclamado, ao passo que este

tende a levar atuais empregados. Logo, não é qualquer divergência que enseja a aplicação da multa em comento, até mesmo porque os depoimentos, pela condição humana, são falíveis.

Do até aqui exposto algumas conclusões preliminares podem ser extraídas. A Reforma Trabalhista, no que tange a litigância de má-fé, se inspirou no Novo Código de Processo Civil, com a transcrição quase literal dos dispositivos, inovando somente no que diz respeito à possibilidade de multa aplicável à testemunha; e, segundo os autores, o instituto pode desestimular a propositura de ações, comprometendo o acesso à justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, ao longo do presente estudo, compreender as questões afetas à disciplina do dano processual no Direito do Trabalho, temática que ganhou relevância após a denominada Reforma Trabalhista que se inspirou no que tange o instituto, nas recentes alterações imprimidas na sistemática processual civil, em virtude do advento da Lei nº 13.105/2015, que instituiu o Novo Código de Processo Civil.

A doutrina apresenta-se oscilante quanto às inovações, pois embora o Tribunal Superior do Trabalho já acatasse a tese da aplicação subsidiária do instituto no âmbito trabalhista, as condenações eram tímidas. Contudo, a Reforma Trabalhista disciplinou a questão de forma mais severa, incluindo a testemunha, por exemplo, no rol daqueles que podem ser condenados, o que somando à dificuldade de se conseguir a concessão da gratuidade da justiça compromete o próprio acesso ao Poder Judiciário.

Não obstante, parece uníssono o entendimento de que a lealdade e a boa-fé devem ser observadas no âmbito processual, o que justifica, por conseguinte, a aplicação de sanções por ilícitos processuais.

Portanto, presentes uma das hipóteses dos arts. 793-A e 793-B, deve o magistrado, de ofício ou a requerimento da parte, aplicar penalidade ao reclamante, reclamado, interveniente, assim como a terceiros, como testemunha e perito. Contudo, não pode fazê-lo de forma a ampliar o rol consagrado na legislação.

Ademais, deve o magistrado agir com cautela, pois o objetivo do instituto é desestimular condutas que comprometam o bom andamento processual e que causam danos à parte adversa e também à sociedade e Estado.

Porém, há questões que somente serão dirimidas na medida em que os Tribunais forem se pronunciando sobre o tema, principalmente porque a Reforma Trabalhista entrou em vigor há pouco tempo, ficando a sugestão para novos estudos sobre o tema.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015: Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

BRAGHINI, Marcelo. Reforma Trabalhista: flexibilização das normas sociais do trabalho. São Paulo: LTr, 2017.

BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Abuso do Direito de Voto na Assembleia Geral de Credores. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

CARVALHO NETO, Inácio de. Abuso do Direito. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. Comentários à reforma trabalhista. São Paulo: Método, 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A reforma trabalhista no Brasil. São Paulo: LTr, 2017.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil Brasileiro: Parte Geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FELICIANO, Guilherme Guimarães (Org.) et al. Reforma Trabalhista: visão, compreensão e crítica. São Paulo: LTr, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquematizado, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUERRA, Alexandre. Responsabilidade Civil por Abuso de Direito. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Francisco Meton Marques de. Reforma Trabalhista: entenda ponto por ponto. São Paulo: LTr, 2017.

SCHIAVI, Mauro. A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.